

Proyecto de ley iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Elizalde, señoras Allende y Rincón, y señores De Urresti y Flores, que modifica el Código Penal para consagrar en el artículo 411 ter el concepto de "explotación sexual".

1. Antecedentes

Con fecha 18 de julio de 2019 se publicó en el Diario Oficial la Ley N921.160¹, que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, la cual modificó el Código Penal para establecer que la acción penal respecto de ciertos crímenes y delitos no prescribirá cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad.

Hasta 2021, cuando se inició la discusión del proyecto que introdujo un nuevo párrafo en el Título Vil del Libro II del Código Penal, relativo a la explotación sexual comercial y material pornográfico de niños, niñas y adolescentes y que culminó convirtiéndose en la Ley N°21.522², no existía una tipificación para la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes. Hasta entonces la forma en que se presentaba este delito, era mediante los denominados delitos de "favorecimiento de la prostitución infantil" (artículo 367 del Código Penal); la "obtención de servicios sexuales de menores de edad o favorecimiento impropio" (artículo 367 ter del Código Penal), entre otros.

Según se consigna en la historia de esta última ley³, los respectivos tipos penales, y particularmente las referencias a la prostitución, favorecen la percepción y entendimiento - erróneo, por cierto-, de que las niñas, niños o adolescentes presentan algún nivel de "voluntariedad" para "participar" en la comisión de este delito. Esta noción, niega o condiciona la "calidad de víctima", al no considerar la situación de asimetría de poder que subyace entre una víctima y el o los victimarios. Esta forma de referirse y entender la explotación sexual se encuentra fuertemente arraigada en nuestra cultura, lo que se expresa muchas veces en las propias víctimas, quienes no necesariamente interiorizan la condición de explotación en la que se encuentran, al mediar intercambios con los

¹ <https://www.bcn.cl/leychile/naveRar?idNorma=1134001>

² <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1187183>

³ <https://www.bcn.cl/historiadelaev/nc/historia-de-la-lev/8098/>

explotadores como estrategia de sobrevivencia.

Durante la discusión de Ley N°21.522, la Defensoría de la Niñez, recordó como a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 19 y 34, y también a través de la Observación General N213 del Comité de los Derechos del Niño, se abordan los conceptos de abuso y explotación sexual infantil que, en todas sus formas, constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y de los derechos del niño a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar.

La Defensoría también indicó que una de las obligaciones que impone la citada Convención es asegurar la protección de niñas y niños contra todas las formas de violencia, señalando que el Comité de los Derechos del Niño ha definido modos fundamentales de violencia sexual en contra de los niños, niñas y adolescentes, los siguientes: a) abuso sexual infantil con o sin contacto físico; b) imágenes de abuso sexual a través de las TIC; c) Explotación sexual infantil y trata de personas. Estos últimos dos delitos son que contempló el proyecto de ley entonces en debate.

Por su parte, la Ley N°21.421⁴, de 2022, que excluye de los beneficios regulados en la Ley N°19.856 a quienes hayan cometido delitos de carácter sexual contra personas menores de edad, sustituyó, en el literal e) del artículo 17 de esta última norma, la frase ", a menos que en la sentencia condenatoria se hubiere aplicado a su respecto alguna de las circunstancias atenuantes previstas en los artículos 72 y 73 del Código Penal;", por el siguiente texto: ", o alguno de los delitos perpetrados en contra de una víctima menor de edad, sancionados en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 374 bis; el artículo 411 quáter, en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N° 1, en relación con la violación, todos del Código Penal, a menos que en la sentencia condenatoria se hubiere aplicado a su respecto la circunstancia atenuante prevista en el artículo 73 de dicho Código;".

Volviendo a la Ley N521.522, esta modificó el Artículo 367 del Código Penal, introduciendo las siguientes modificaciones:

⁴ <https://www.bcn.cl/leYchile/naveRar7idNorma-1172443>

a) Se cambió la figura desde la "prostitución sexual" de una a la "explotación sexual de una persona menor de dieciocho años". Como, a diferencia del término "prostitución", el término "explotación sexual" no cuenta con un arraigo conceptual en materia penal, se establecen sus contornos precisos mediante una definición.

b) Se define "explotación sexual" como la utilización de una persona menor de dieciocho años para la realización de una acción sexual o de una acción de significación sexual con ella a cambio de cualquier tipo de retribución.

Idea matriz

Este proyecto de ley tiene por objeto complementar el conjunto de normas que a lo largo de los años se han venido promoviendo y aprobando para establecer una diferenciación y una ampliación de los que en diversos cuerpos legales se entendía por "prostitución" para pasar a la de "explotación sexual" respecto de menores de edad, haciendo más coherentes las normas con lo establecido en diversos instrumentos y por organismos internacionales respecto de la sanción de estos graves delitos contra niños, niñas y adolescentes. En este caso se trata de la modificación del Artículo 411 ter del Código Penal.

En virtud de los fundamentos señalados, venimos en proponer se propone el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único.- Modifícase el Artículo 411 ter del Código Penal, de la siguiente manera:

1. Sustitúyase la expresión "prostitución", por la expresión "explotación sexual"
2. Entre las expresiones "en el extranjero" y "será castigado, insértese la frase "o que sometiera a la explotación sexual".